



Document de travail

Le recours à la théorie des facilités essentielles dans la
pratique décisionnelle des juridictions concurrentielles :
Ambiguïté du droit et régulation de la concurrence

N° 2009-11
Mai 2009

Frédéric Marty
Chargé de Recherche CNRS

Julien Pillot
Université de Nice Sophia-Antipolis

Observatoire Français des Conjonctures Économiques

69, Quai d'Orsay 75340 Paris Cedex 07

Tel : 01 44 18 54 00 Fax : 01 45 56 06 15

E-mail: ofce@ofce.sciences-po.fr Web: <http://www.ofce.sciences-po.fr>

Le recours à la théorie des facilités essentielles dans la pratique
décisionnelle des juridictions concurrentielles :
Ambiguïté du droit et régulation de la concurrence

14 avril 2009

Frédéric MARTY*

Julien PILLOT**

Abstract

The essential facilities doctrine (EFD) involves antitrust liability for a dominant firm, when an access refusal to one of its asset could exclude an actual or a potential competitor from the market. First used for network industries' infrastructures, the EFD was progressively extended to intangible assets, as intellectual property rights, as Magill, IMS or Microsoft cases show it. The European practices sharply contrast with US Antitrust positions. Mandatory access decisions could induce significant adverse effects on investment incentives for both dominant firm and its competitors. In order to assess such risks, we analyzed in this paper the criteria used in the European competition case law. We highlight the potential consequences of their ambiguity and their subsequent plasticity. We consider that such characteristics could be both analyzed in terms of legal uncertainty, in terms of legal resources for corporate strategies or in terms of additional room for competition authorities' discretionary interventions.

* Chargé de Recherche CNRS – UMR CNRS 6227 GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis
Chercheur affilié OFCE – Département Innovation et Concurrence – 250, rue Albert Einstein 06560 Valbonne
frederic.marty@ofce.sciences-po.fr

** Allocataire Moniteur Université de Nice Sophia-Antipolis – UMR CNRS 6227 GREDEG – Université de Nice
Sophia-Antipolis – 250, rue Albert Einstein 06560 Valbonne – julien.pillot@gredefg.cnrs.fr

Résumé

La notion de facilité essentielle recouvre l'ensemble des installations (matérielles ou non), détenues par une entreprise dominante, qui s'avèrent non aisément reproductibles et dont l'accès est indispensable aux tiers pour exercer leur activité sur le marché. Initialement utilisée en matière d'accès aux infrastructures de réseaux, les autorités de la concurrence européennes l'ont peu à peu étendue aux DPI au travers des décisions Magill (1995), IMS (2004) et surtout Microsoft (2007). Ce recours, dans le dernier cas cité, a suscité une polémique entre les autorités de la concurrence communautaires et américaines tenant aux risques de décisions infondées et à leurs conséquences potentielles sur les incitations à innover et à investir des firmes. Il s'agira dans le cadre de cette communication de s'attacher aux critères d'activation de la théorie des facilités essentielles. Ceci nous conduira à nous interroger sur la double nature des concepts juridiques caractérisés par un fort degré d'ambiguïté et de plasticité. Ces derniers peuvent à la fois être vecteurs d'insécurité juridique (manque de lisibilité de la règle et manque de prévisibilité quant aux résultats de son application) mais aussi être porteurs de potentialité d'action stratégique ou de marges de discrétion pour les acteurs de la réglementation.

Bien qu'indirectement issue de la jurisprudence de la Cour Suprême américaine avec l'arrêt *Terminal Railroad Association* de 1912 et implicitement utilisée par cette dernière dans quelques unes de ses décisions tout au long du XX^{ème} siècle, la théorie des facilités essentielles a fait l'objet, dans le cadre de l'arrêt *Trinko* de 2004 d'un très net rejet par cette dernière. Il s'agissait, en l'espèce, d'un contentieux lié aux difficultés d'accès d'un « nouvel entrant » (AT&T) à la boucle locale des télécommunications dans l'Etat de New York tenant à la (non) mise à disposition d'un protocole informatique lui permettant de fournir des services de qualité identique à ceux de l'opérateur « historique » (Verizon).

La position de la Cour Suprême s'avéra des plus tranchée et contrasta nettement avec les positions prises par des cours d'appel dans d'autres contentieux basés sur cette théorie. En effet, la Cour considéra tout d'abord que l'existence d'une régulation sectorielle spécifique (le *Telecom Act* de 1996) conduisait à mettre en cause l'utilité d'une action de l'Antitrust. Ensuite, elle réaffirma sa jurisprudence selon laquelle nulle firme, y compris un opérateur dominant, ne doit être contrainte par le droit de contracter avec un concurrent. Ce principe, tiré de l'arrêt *Colgate* de 1919, apparaît d'ailleurs particulièrement légitime aux autorités de la concurrence américaine en matière de droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où le droit d'exclusion se situe au cœur de la protection de la propriété intellectuelle. Enfin, la Cour affirma, que bien qu'elle n'ait pas à se prononcer en l'espèce sur la théorie des facilités essentielles, celle-ci lui paraît non seulement comme inutile, mais issue de l'activité de juridictions de rangs inférieurs (Petit, 2004).

S'en suivit d'ailleurs un ensemble de développements visant à montrer qu'il ne s'agissait ici en rien d'un revirement de jurisprudence. En effet, dans la mesure où elle n'avait jamais *explicitement* utilisé le concept de facilité essentielle, lequel était le fruit de la doctrine juridique, la Cour Suprême put-elle réinterpréter certains de ses propres arrêts, dont *Terminal Railroad* (1912) et *Aspen Skiing* (1985), pour montrer qu'il s'agissait de pratiques anticoncurrentielles tombant sur le coup du *Sherman Act* (en l'occurrence une cartellisation dans le premier cas et une prédation dans le second) et ne nécessitant nullement le recours à la dite théorie.

La démonstration de la Cour Suprême, aussi teintée d'opportunisme soit-elle, est intéressante à double titre sous l'angle d'un raisonnement en termes d'ambiguïté du droit. Qu'il nous soit permis dans le cadre de ce propos introductif de mettre en exergue ces deux remarques, lesquelles nous seront des plus utiles dans nos propos conclusifs. Premièrement, tout comme Monsieur Jourdain faisait de la prose sans le savoir, le juge de la concurrence a relativement souvent appuyé ses décisions sur la théorie des facilités essentielles, sans le dire. En effet l'extrême pudeur de la jurisprudence de la Cour Suprême durant tout le XX^{ème} siècle à employer cette expression... se retrouve paradoxalement de notre côté de l'Atlantique où les juridictions communautaires, pourtant beaucoup enclines à y recourir, ne l'ont qu'extrêmement rarement citée

explicitement. Deuxièmement, la position de la Cour Suprême est particulièrement intéressante en ceci qu'elle tend à démontrer que certaines décisions fondées sur la théorie des facilités essentielles auraient très bien pu être motivées sur la base de pratiques anticoncurrentielles somme toute classiques (entente et abus de position dominante). Se pose alors la question de l'utilité même de la théorie. Voici, en effet, un concept juridique des plus contestés, ne faisant guère l'objet d'une littérature très élogieuse en matière économique... et surtout qui s'avère des plus *dispensables* du point de vue de la pratique décisionnelle. La question de l'utilité d'un tel concept juridique des plus ambigus est posée. Les faiblesses de la notion ne créent-elles une situation préjudiciable d'insécurité juridique, dès lors que l'on définit celle-ci en termes d'intelligibilité de la règle de droit et de prévisibilité des décisions qui en découlent ? Ou, à l'inverse, l'ambiguïté de certaines notions ne peut-elle pas s'avérer dans certaines circonstances non exclusivement un risque mais aussi une ressource ?

Quoiqu'il en soit, la position américaine depuis l'affaire *Trinko* s'inscrit dans une nette opposition avec la pratique des autorités de la concurrence communautaire en matière de recours à la théorie des facilités essentielles. Non seulement celle-ci est, en Europe, sous-jacente à de nombreuses décisions en matière d'accès à des infrastructures de réseaux, qu'il s'agisse d'infrastructures portuaires ou énergétiques¹ mais, comme nous le verrons, le périmètre des actifs concernés par l'application de la théorie est significativement plus large qu'aux Etats-Unis.

D'une part, en matière d'industries de réseau, les actifs considérés comme essentiels par la jurisprudence européenne vont bien au-delà des seules infrastructures de transports en situation de monopole naturel. Par exemple, dans l'affaire *GVG* en 2003, relative à une demande d'accès au réseau de chemins de fer italiens pour mettre en place un service de transport ferroviaire de voyageurs alternatif entre l'Allemagne et l'Italie du Nord, les autorités communautaires sont allées jusqu'à considérer que les actifs essentiels en cause recouvraient non seulement les rails mais aussi les motrices... et les cheminots qualifiés pour la ligne en question ! De la même façon, dans la décision *Direct Energie* du Conseil de la Concurrence français en décembre 2007, les droits d'accès aux capacités de production nucléaires d'EDF, accordés par le Conseil, ont pu être interprétés selon la théorie des facilités essentielles (TFE) comme un moyen de donner accès à de nouveaux entrants à des actifs détenus par un opérateur dominant ; actifs dont l'accès était indispensable pour exercer une concurrence effective vis-à-vis de ce dernier.

¹ Les directives dites de première génération en matière de libéralisation des secteurs électriques et gaziers, avec notamment les exigences en termes d'accès des tiers au réseau, ainsi que les prescriptions en termes d'*unbundling* (i.e. de séparation des segments transport et génération) suite à l'enquête sectorielle de 2007 sur les marchés de l'énergie s'inscrivent pleinement dans la logique de la théorie des facilités essentielles. Il s'agit de donner aux nouveaux entrants la possibilité d'accéder dans des conditions non discriminatoires aux points de vue tarifaires et techniques aux actifs détenus par un opérateur dominant.

D'autre part, alors qu'à quelques exceptions près les autorités de la concurrence américaines ont toujours été rétives à l'idée d'appliquer la TFE aux droits de propriété intellectuelle (DPI), de telles préventions semblent moins prégnantes de notre côté de l'Atlantique. En effet, tant les autorités de la concurrence françaises que les communautaires ont, à plusieurs reprises, fondé des décisions relatives à des demandes d'accès à des DPI (demande de licences) sur cette base. Trois décisions de la Commission sont, à ce titre, particulièrement significatives. Il s'agit des décisions Magill (1995), IMS (2004) et surtout Microsoft (2007).

Dans ce dernier cas, l'obligation d'accès aux protocoles d'interface au système d'exploitation Windows pour les serveurs a fait l'objet de très vives critiques de la part de l'Antitrust américain. Ce dernier a vivement regretté la décision européenne, en mettant notamment en exergue ses conséquences dommageables sur les incitations à investir et à innover des firmes et partant sur le bien-être à long terme du consommateur. De façon pour le moins abrupte, le communiqué de presse du DoJ, publié le jour même de l'arrêt du TPICE le 17 septembre 2007, soulignait qu'aux Etats-Unis, le droit de la concurrence visait à protéger la concurrence en elle-même... et non les concurrents pour eux-mêmes.

En effet, un recours relativement fréquent et extensif à la TFE peut être interprété comme étant symptomatique de politiques de concurrence basées sur l'idée selon laquelle une situation de concurrence satisfaisante se caractérise par la présence de nombreuses firmes en compétition sur un marché donné. Si la concurrence se définit par la rivalité entre firmes présentes sur un marché, les autorités de la concurrence doivent promouvoir l'entrée de nouveaux compétiteurs ou du moins prévenir la sortie éventuelle des compétiteurs déjà présents. Cette conception, relativement structuraliste, de la concurrence repose sur l'hypothèse qu'il existe une relation positive entre le nombre de firmes opérant sur un marché pertinent donné et le degré de concurrence sur ce dernier.

Une telle approche est bien entendu pour le moins éloignée de la synthèse post-Chicago, dominante aux Etats-Unis. Il suffit, selon celle-ci, qu'une concurrence potentielle existe pour qu'une entreprise dominante ne soit pas tentée d'abuser de sa position pour réaliser des profits excessifs. D'ailleurs même si cette dernière venait à pratiquer des tarifs de monopole, cela ne contreviendrait pas à la législation Antitrust. Celle-ci ne prohibe que les comportements de *monopolisation*. Il est légitime qu'une firme qui a acquis sa position par ses mérites retire les fruits de ses investissements passés. Ses éventuels sur-profits constituent le signal de l'opportunité d'investir pour ses concurrents. Donner accès à ces derniers aux actifs résultant des investissements passés de l'entreprise dominante risquerait de mettre en cause le processus de concurrence lui-même, en réduisant à la fois les incitations à investir de l'entreprise dominante (qui se saurait menacée de se voir *expropriée* en cas de succès) et celles de ses concurrents (lesquels plutôt que de supporter les risques et les coûts des investissements

préfèreraient engager des actions en justice pour bénéficier *ex post* d'un accès aux actifs de leur concurrent, permettant de neutraliser ainsi au moins partiellement son avantage compétitif).

Accorder avec une grande parcimonie des droits d'accès aux actifs détenus par des entreprises dominantes peut faire sens dans une logique de promotion d'une concurrence par les investissements (ou visant à favoriser les innovations de rupture). On considère qu'il n'est pas problématique en soi (sur des marchés marqués par de fortes turbulences technologiques) qu'une entreprise puisse, à un moment donné, servir l'ensemble du marché. Il n'en va bien sûr pas de même dans une optique de promotion de l'efficacité allocative. Tolérer de telles situations conduit, à court terme, à des distorsions vis-à-vis de l'allocation de concurrence parfaite². Des autorités de la concurrence, qui se caractérisent souvent par un biais de court terme³, peuvent considérer qu'il est de leur responsabilité de favoriser l'instauration de conditions de *concurrence effective* (Riem, 2008) ou du moins de préserver celles-ci quand les firmes de la frange concurrentielle sont sur le point de sortir du marché. La tendance serait alors de déplacer l'objectif des politiques de concurrence de la préservation du fonctionnement concurrentiel des marchés (et de répressions des pratiques anticoncurrentielles) vers une logique de *régulation de la concurrence* (Bishop et Lofaro, 2004), visant à construire par les décisions des autorités concurrentielles une structure de marché jugée efficace *ex ante* ou de préserver celle-ci de processus de concentrations ou de sorties d'opérateurs susceptibles de remettre en cause l'existence d'une situation de rivalité effective entre firmes.

Un recours significatif à la théorie des facilités essentielles dans ce cadre, comme le tendraient à le montrer les décisions GVG et Direct Energie, pourrait être interprété comme une immixtion des juridictions concurrentielles en matière de régulation sectorielle pour accélérer des politiques de libéralisation. A ce titre, la position des autorités communautaires s'inscrit en nette opposition avec celle exprimée par la Cour Suprême dans *Trinko*. Alors que l'intervention de l'Antitrust dans un secteur couvert par une régulation sectorielle n'est pas jugée opportune aux Etats-Unis, la Commission européenne, de son côté, n'hésite pas à intervenir dans des domaines sur lesquels des autorités de régulation nationales ont déjà statué (cas *Deutsche Telekom* en 2003).

Ce relatif *impérialisme* du droit de la concurrence est bien entendu lié à des spécificités institutionnelles de part et d'autre de l'Atlantique. Il n'en demeure pas moins qu'un recours plus

² Nous retrouvons ainsi le dilemme entre imperfections et défaillances de marché (Gaffard et Quéré, 2006).

³ Comme le relève François Lévêque (2008a), un tel biais, qui concerne tant la répression des pratiques anticoncurrentielles que le contrôle préalable des projets de concentrations, est particulièrement prégnant dans le domaine de l'énergie, « Attention au biais des autorités de concurrence dans la surpondération des effets de court terme par rapport aux effets de long terme, des effets anticoncurrentiels par rapport aux effets pro-concurrentiels, ainsi que dans leur volonté de donner un coup de pouce aux autorités de régulation sectorielle pour créer et développer la concurrence [...]. Leur rôle n'est pas servir de voiture balai ou de cache-misère lorsque que la politique d'ouverture à la concurrence dans l'énergie ne se donne pas les moyens de réussir »

fréquent à la TFE en Europe peut poser un certain nombre de problèmes. En effet, les autorités de la concurrence américaines et européennes font face à deux risques symétriques du fait de leurs positions diamétralement opposées quant à cette théorie. Classiquement, le juge est exposé à deux risques symétriques. L'un, le risque de 1^{ère} espèce, revient à éventuellement innocenter à tort un coupable. L'autre, le risque de 2^{nde} espèce, se traduit par la possibilité de condamner à tort un innocent. Face à ces deux risques, les positions des autorités de la concurrence divergent fortement. Les américains ont tendance à vouloir minimiser le risque de 2^{nde} espèce... Dans notre domaine, cela peut avoir l'avantage de ne pas entraver le processus de concurrence en préservant les incitations à innover et à investir de tous les acteurs du marché. Ceci induit cependant le risque d'intervenir trop tard lorsqu'une entreprise dominante sera définitivement parvenue à évincer ses concurrents du marché, le dommage à la concurrence devenant alors potentiellement irréversible. En Europe, à l'inverse, le risque est de sanctionner de façon indue une firme qui est parvenue à une situation dominante par ses propres mérites et de rendre particulièrement attractives pour ses concurrents des stratégies d'utilisation opportunistes du droit de la concurrence pour neutraliser son avantage compétitif ou s'approprier une partie de sa rente concurrentielle (McAfee et Vakkur, 2005).

Les risques de mauvaises décisions sont d'autant plus significatifs en matière de TFE que la notion elle-même se caractérise par une forte ambiguïté et que sa mise en œuvre dans les décisions des juridictions concurrentielles ne repose pas sur des tests robustes et surtout pérennes d'un contentieux à l'autre. Il s'ensuit une situation de relative insécurité juridique tenant à une faible intelligibilité de la règle et une mauvaise prévisibilité des résultats de son application.

Notre propos, dans le cadre de cette communication, sera d'éclairer les enjeux économiques liés à l'activation de la théorie des facilités essentielles dans le cadre des décisions concurrentielles. Nous mettrons particulièrement l'accent sur les conséquences de l'ambiguïté du concept juridique en cause. Il s'agira, au travers d'une analyse des pratiques décisionnelles communautaires et françaises de mettre en évidence les répercussions possibles de telles activations. Nous nous interrogerons également sur les situations d'*ambiguïté du droit*. Notre hypothèse est que celles-ci peuvent à la fois être analysée en termes d'insécurité juridique mais aussi de marges de manœuvre à disposition des acteurs des politiques de concurrence, au premier rang desquels des autorités de la concurrence, soucieuses de peser sur la structure et la dynamique des marchés.

A cette fin, nous structurerons notre propos en trois sections. La première présentera les enjeux économiques des deux pratiques décisionnelles considérées. Il s'agira notamment de mettre en évidence le fait que les divergences transatlantiques révèlent deux conceptions distinctes de la concurrence. Le premier revient à une *infrastructure based policy* visant à promouvoir une efficacité dynamique des marchés au risque d'être excessivement accommodante avec les positions dominantes.

La seconde privilégie une *access based policy*, favorable à l'efficacité allocative des marchés mais potentiellement désincitative pour les décisions d'investissement des firmes. Notre deuxième section s'attachera à l'analyse des critères d'activation de la TFE dégagés par les jurisprudences américaines, communautaires et internes. Il s'agira notamment de mettre en exergue les caractères insatisfaisants et relativement mouvants des tests économiques utilisés pour justifier l'activation de cette théorie. Enfin, dans une troisième section, nous nous attacherons à l'analyse de deux décisions, à notre sens particulièrement représentatives, de la pratique décisionnelle du Conseil de la Concurrence français, à savoir les décisions NMPP (2008) et voyages-scnf.com (2009). Il s'agira dans les deux cas de s'interroger sur la façon dont le Conseil s'est saisi des critères dégagés par la jurisprudence communautaire et sur les stratégies de ce dernier mais aussi des destinataires de la règle dans le cadre de ces contentieux. En d'autres termes, il s'agit de savoir si le flou n'a pas quelques vertus et si oui, à qui profite-t-il ?

I – Enjeux économiques d'une pratique judiciaire

1.1 Les divergences transatlantiques en matière de TFE

La théorie des facilités essentielles (Bazex, 2001), issue de l'interprétation de la décision Terminal Rail Road par la doctrine juridique américaine, est particulièrement décriée dans la littérature académique (Areeda, 1990 et Areeda et Hovenkamp, 2003). Pour Hovenkamp (1999), la TFE s'avère « one of the most troublesome, incoherent and unmanageable of bases » en matière de caractérisation des pratiques anticoncurrentielles. Elle a fait, en outre, l'objet d'un très net rejet (ou du moins d'une restriction drastique de son périmètre d'application) aux EUA avec la décision de la Cour Suprême dans l'affaire Trinko (2004), comme nous l'avons vu dans le cadre de notre propos introductif.

A l'inverse, la TFE fait l'objet d'une mise en œuvre très extensive en Europe qui porte à la fois sur les infrastructures de réseaux et sur les DPI (Marty et Pillot, 2009a). Or, celle-ci se fait sur la base de critères flous et des plus changeants (Castaldo et Nicita, 2007). Il s'ensuit donc une situation d'ambiguïté du droit (Dari-Mattiacci et Deffains, 2007), plaçant les acteurs du marché dans une situation d'insécurité juridique (Chevallier, 2007).

Il est à ce titre particulièrement intéressant de s'attacher à la récente communication de la Commission sur ses orientations et priorités retenues pour l'application de l'article 82 du Traité aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, publiée en février 2009. La communication, qui vise

notamment à renforcer la sécurité juridique des opérateurs⁴, traite directement des pratiques qui sont concernées, dans sa jurisprudence, par l'activation de la TFE. Il est à noter qu'à l'instar de la prudence sémantique de la Cour Suprême américaine, la Commission ne la cite pas directement. Elle traite pourtant de la question au travers de la notion d'éviction préjudiciable pour les consommateurs ou d'éviction anticoncurrentielle. La Commission décrit en effet cette dernière comme « *une situation dans laquelle un accès effectif des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement ou aux marchés est entravé ou supprimé sous l'effet du comportement de l'entreprise dominante, ce qui va probablement permettre à cette dernière d'augmenter rentablement ses prix au détriment des consommateurs* [point 19] ».

Comme nous l'avons indiqué, les décisions communautaires en matière concurrentielles se caractérisent par un recours pour le moins extensif à la TFE. Des décisions telles GVG ont par exemple donné lieu à de nombreuses analyses mettant en évidence la polarisation des juridictions communautaires sur la promotion d'une ouverture des marchés et d'un renforcement de la structure de concurrence effective des marchés. Une telle préférence est quasiment constitutive d'une politique de régulation asymétrique en faveur des firmes de la frange concurrentielle ou des nouveaux entrants. Par exemple, les modalités d'activation de la TFE par les autorités de la concurrence ont pu être analysées comme une dérive des *essential facilities* vers les *convenient facilities* (Ridyard, 2004). Dans cette logique, il suffirait presque que l'accès soit moins coûteux que le déploiement d'une nouvelle infrastructure pour justifier l'activation de la théorie.

La TFE pourrait être utilisée par les autorités de la concurrence comme un outil visant à réduire le pouvoir de marché des entreprises dominantes afin de favoriser les nouveaux entrants ou du moins de maintenir une frange concurrentielle sur le marché. A ce titre, elle constitue l'un des outils permettant au juge de la concurrence de peser sur la « libéralisation » d'un secteur faisant l'objet d'une régulation sectorielle spécifique ou sur la « préservation d'une structure de marché de concurrence effective », notamment dans les secteurs de haute technologie, pour lesquels les effets de réseaux jouent pleinement ; ce qui revient très rapidement à marginaliser les firmes qui n'ont pas développé le standard du marché.

Ainsi, la TFE peut donc être vue comme un instrument de « régulation asymétrique » s'inscrivant dans la logique européenne d'obligations spécifiques pesant sur l'entreprise dominante d'un marché donné (un opérateur crucial pour reprendre les termes de Frison-Roche (2006)) quant au fait de ne pas remettre en cause par sa stratégie (illicite mais aussi licite !) la structure concurrentielle du marché. La politique

⁴ La communication « a pour objet de rendre plus clair et prévisible le cadre général d'analyse que la Commission utilise pour déterminer s'il y a lieu d'intervenir à l'égard de diverses pratiques d'éviction et d'aider les entreprises à mieux apprécier si un comportement donné risque de donner lieu à une intervention de sa part en vertu de l'article 82 » [point 2].

présente un biais de court-terme se fondant en grande partie sur la volonté de protéger les compétiteurs de l'entreprise dominante.

1.2 La régulation de la concurrence et les risques associés

L'antitrust américain n'astreint pas l'entreprise dominante à des obligations ou contraintes particulières du moment où elle a acquis celle-ci par ses propres mérites et ne l'a pas défendue ou étendue à des marchés connexes par des stratégies anticoncurrentielles. Néanmoins, il n'en va pas exactement de même au niveau européen. En effet, si la Commission reconnaît qu'il « n'est pas illégal en soi pour une entreprise d'occuper une position dominante » et que cette dernière « peut participer au jeu de la concurrence par ses mérites », elle souligne immédiatement qu'il « lui incombe toutefois une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun [point 1] ». Du point de vue de l'analyse des règles de droit, cette position conduit les autorités de la concurrence européennes à ne plus seulement s'attacher au contrôle du respect des règles de juste conduite sur le marché, dans une logique défendue par Hayek dans *Droit, Législation et Liberté* (1973), mais au contraire de porter un projet de construction d'un certain type de marché au travers de la réglementation publique (Marty, 2002). Dans le cadre de ce dernier, une régulation asymétrique fait sens pour préserver une frange concurrentielle sur un marché « concurrentiel » remis en cause par les pratiques d'un opérateur dominant ou par les effets d'économie de réseaux (Microsoft) ou pour aider de nouveaux entrants à exercer une concurrence « effective » vis-à-vis d'un opérateur dominant dans les secteurs nouvellement ouverts à la concurrence (électricité ou télécommunications).

Un exemple emblématique de cette logique pourrait éventuellement être l'affaire Direct Energie / EDF tranchée par le Conseil de la Concurrence en décembre 2007 dans le sens d'un accès aux capacités de production nucléaire d'EDF. Celle-ci pourrait être lue sous l'angle d'une extension maximale de la TFE aux actifs de production eux-mêmes... et d'une construction des marchés par le juge de la concurrence de façon « concurrente » au régulateur (de Hauteclocque et al., 2009).

Il n'en demeure pas moins qu'une telle ambition, si elle devait être prêtée au juge de la concurrence, ne serait pas sans induire de risques pour le processus de concurrence lui-même. Comme nous l'avons vu la plus forte propension européenne à s'appuyer sur la TFE pourrait révéler un choix d'une *access-based policy* s'opposant à la logique américaine d'*infrastructure-based policy*⁵, plus tolérante vis-à-vis

⁵ L'approche communautaire révèle tout d'abord une divergence institutionnelle transatlantique. En effet, comme l'écrit Damien Gérardin (2005), « the US Supreme Court seems to consider that where 'a regulatory structure designed to deter and remedy competition harms exists', there will be little scope left for antitrust intervention ». Si en 2003, la Commission déjuge le régulateur sectoriel allemand dans l'affaire Deutsche

des écarts à l'allocation optimale de concurrence parfaite mais plus favorable en termes d'incitations à l'investissement (Gaffard et Quéré, 2006).

Quoiqu'il en soit, dès lors qu'une autorité de la concurrence applique la TFE, elle s'investit de pouvoirs de régulation de la concurrence dans un domaine donné. Elle doit en effet réguler les tarifs et les conditions d'accès à l'infrastructure considérée. Comme le notent Lipsky et Sidak (1999), « there is no free-lunch in natural monopoly regulation, mandating access would turn antitrust courts into central planners ». Le parti-pris de la Commission européenne peut s'expliquer par la préférence pour le court terme propre aux juridictions concurrentielles, un équilibre institutionnel entre régulateurs sectoriels et autorités de la concurrence spécifique et une dynamique historique spécifique vis-à-vis du cas américain (construire un marché unique à partir de marchés nationaux cloisonnés et initialement peu concurrentiels et non préserver le marché des pratiques anticoncurrentielles des *trusts*). Ces spécificités sont susceptibles d'induire, en effet, un certain nombre de risques et de difficultés.

Tout d'abord, se pose la question des capacités de la Commission à assumer sa fonction de *régulateur de la concurrence*. Il en va notamment ainsi des coûts liés au contrôle *ex post* du comportement des firmes après une injonction de délivrer un accès des conditions techniques et tarifaires raisonnables et non discriminatoires ou du respect des engagements éventuellement pris par ces dernières pour obtenir une réduction de leurs sanctions financières... L'exemple le plus frappant de ces difficultés est constitué par le fait que la seule partie de la décision de la Commission à l'encontre de Microsoft en 2004, annulée par le TPICE en 2007, est celle qui était relative au mode de financement de la rémunération de l'expert indépendant chargé de veiller au bon respect de l'obligation de transmission des protocoles d'interface aux concurrents de Microsoft...

Telekom alors qu'un an plus tard la Cour Suprême considère dans *Trinko* qu'un différent relatif au secteur des télécommunications sera mieux traité par le régulateur sectoriel que par le droit commun de la concurrence, cela ne traduit pas seulement des parti-pris théoriques mais aussi et peut être surtout une profonde hétérogénéité dans les attributions et les moyens respectifs à disposition des deux types d'organes de régulation. Comme le souligne Gérardin (2005), alors que l'antitrust américain est essentiellement basé sur l'activité des tribunaux, la politique de la concurrence européenne est principalement la résultante d'un processus administratif. La Commission qui instruit les dossiers est aussi à l'origine des décisions. Ce faisant, le déficit informationnel du juge mis en exergue dans le cas américain pour expliquer le risque de décisions infondées (risques de 1^{ère} et de 2^{nde} espèces) est moins élevé dans le cas européen. La procédure antitrust américaine s'avère donc plus coûteuse en temps et en ressources pour l'ensemble des opérateurs et présente un niveau de risque théoriquement plus élevé que son homologue européen. Une deuxième explication de nature institutionnelle tient aux différentiels de pouvoirs d'investigations et de capacités d'expertises internes entre les régulateurs sectoriels américains et européens. La troisième différence tient aux contentieux eux-mêmes. Il s'agit certes dans les deux cas d'un problème d'accès à la boucle locale de télécommunications mais le problème avait déjà été résolu par le régulateur sectoriel et l'affaire qui était présentée à la Cour suprême était une action de groupe initiée par un cabinet d'avocat pour obtenir des indemnités financières de la part de Verizon. L'affaire Deutsche Telekom était significativement plus importante aux yeux de la Commission dans la mesure où il s'agissait d'une stratégie de ciseau tarifaire mise en œuvre par un opérateur historique à l'encontre de nouveaux entrants, insuffisamment contrecarrée par le régulateur sectoriel national.

Ensuite, il convient de mettre en exergue les conséquences potentiellement dommageables d'une telle *régulation de la concurrence* sur les incitations à innover ou à investir des firmes. Privilégier l'accès des tiers favorise certes l'efficacité allocative ou les innovations de suite mais peut s'avérer dissuasif pour les investissements des firmes. Exposée au risque de devoir accorder une licence obligatoire à ses DPI ou un accès aux fruits de ses investissements passés, un opérateur dominant peut anticiper de moindres retours financiers. Si l'on considère que la motivation de l'innovation est la recherche d'un pouvoir de marché même transitoire au travers de l'exclusivité conférée par les DPI, le risque d'une licence obligatoire peut dissuader l'investissement *ex ante* ou le ramener à un niveau sous-optimal. En matière d'actifs physiques qu'il s'agisse d'infrastructures de réseaux ou d'équipements de production (si l'on considère que la TFE s'est bien appliquée dans la décision Direct Energie) le risque est également de favoriser des stratégies volontaires de sous-investissements pour pouvoir arguer de sous-capacités pour éviter d'accorder des droits d'accès aux tiers.

Pour les nouveaux entrants, les entrants potentiels ou les firmes de la frange concurrentielle, l'application de la TFE peut aussi se traduire par des désincitations à l'investissement. En effet, pourquoi courir les risques d'une course à l'innovation ou au brevet d'une rentabilité les plus aléatoires face à un opérateur dominant, si l'on peut espérer bénéficier d'une licence obligatoire ? De la même façon, en matière d'équipements physiques, ne pas à avoir à investir dans des actifs très capitalistiques dont les retours financiers demeurent incertains peut s'avérer intéressant dès lors que l'on anticipe que les juridictions concurrentielles accueillent favorablement des saisines sur la base de la TFE.

Cependant, l'impact potentiel sur les incitations à l'investissement et donc sur l'efficacité dynamique du processus de concurrence peut s'avérer très différent selon le degré d'insécurité juridique qui prévaut pour la firme dominante (ou réciproquement le degré d'opportunité stratégique pour un concurrent). Si des critères d'activation de la théorie suffisamment clairs prévalent, la décision des autorités de la concurrence va pouvoir être considérée comme raisonnablement prévisible. Ainsi, la question des tests économiques utilisés est déterminante pour apprécier les effets économiques du recours à la TFE par les juridictions concurrentielles.

II – Importance d'une réflexion sur les critères d'activation de la théorie

Nous nous attacherons, dans le cadre de la première section de cette deuxième partie, aux critères retenus aux Etats-Unis par les juridictions en matière de recours à la TFE... avant l'arrêt *Trinko*. Nous montrerons ensuite de quelle façon ceux-ci s'inscrivent en totale cohérence avec la jurisprudence concurrentielle américaine en matière de contrôle de la stratégie de l'entreprise dominante. Dans une

seconde section, nous nous attacherons aux tests issus de la jurisprudence communautaire, en mettant notamment en exergue leurs évolutions et leurs nombreuses limites.

2.1 La position américaine en matière d'activation de la TFE

a) la situation avant Trinko : Le test MCI

La TFE revient, comme nous l'avons vu, à traiter comme une pratique anticoncurrentielle le refus d'une entreprise dominante à ouvrir l'accès à l'un de ses actifs à des tiers, notamment à ses concurrents directs, sur une base non discriminatoire au point de vue technique et tarifaire, du moment où cet accès est techniquement possible, qu'un éventuel refus aurait pour conséquences de les exclure du marché et que preuve est apportée que les tiers ne peuvent pas être en mesure de développer un actif alternatif dans des conditions raisonnables (Waller et Frischmann, 2008).

Si la Cour Suprême n'a jamais nommément désigné la TFE, il n'en demeure pas moins qu'elle est bien issue des commentaires de la doctrine à partir de son arrêt Terminal Railroad de 1912 et qu'elle a sous-tendu au moins quatre autres de ses décisions, en l'occurrence Associated Press en 1945, Lorrain Journal en 1951, Otter Tail Power en 1973 et Aspen Skiing en 1985 (de Hauteclocque et al., 2009). En fait, comme l'a relevé la Cour Suprême dans Trinko, la TFE n'a été explicitement usitée que par les Cours d'appel. Si le premier usage de la théorie par ces dernières remonte à l'arrêt Gamco de 1952 (cour d'appel du 1^{er} circuit), ce ne fut qu'au travers de l'arrêt MCI v AT&T de 1983 que la cour d'appel du 7^{ème} circuit définit les quatre conditions d'application de la TFE dans la jurisprudence :

1. Le possesseur de la facilité doit être une firme en situation de monopole
2. Il est pratiquement ou raisonnablement impossible de dupliquer l'infrastructure considérée⁶
3. L'utilisation de l'infrastructure est refusée aux concurrents
4. Cette utilisation est réalisable au point de vue technique⁷.

b) Après Trinko, une logique conforme à la jurisprudence concurrentielle

Si la décision Trinko marque un coup d'arrêt dans le recours à la TFE par les juridictions américaines, elle ne fait, au final que confirmer des principes déjà présents dans la jurisprudence concurrentielle. En premier lieu, aucune firme, fut-elle en situation de monopole, n'a d'obligation de partager ses actifs

⁶ Selon la décision Hecht v Pro Football de 1977 (Cour d'appel du District de Columbia) pour qu'une facilité soit qualifiée d'essentielle, il n'est pas nécessaire que cette dernière soit réellement indispensable ; il suffit de montrer que sa duplication est économiquement inenvisageable et que le refus d'accès inflige un sévère handicap aux nouveaux entrants potentiels sur le marché.

⁷ Cette même décision Hecht indique que le droit de la concurrence ne saurait contraindre une firme à accorder un accès obligatoire à l'une de ses facilités s'il s'avère que l'accès est impraticable ou a pour effet de dégrader le service rendu aux consommateurs de l'opérateur dominant.

avec ses concurrents. Il n'en demeure pas moins que sous certaines conditions un tel refus peut contrevenir aux règles de concurrence s'il a notamment pour effet d'éliminer la concurrence sur des marchés connexes. En deuxième lieu, les critères dérivés de MCI furent, selon Pitofsky (2004), appliqués dans une acceptation si restrictive que très peu d'accès obligatoires furent ordonnés. En troisième lieu, les analyses des cours demeurèrent résolument basées sur les faits et firent toujours très peu de cas de la question des intentions des firmes.

De façon générale, les réticences américaines sont aisément compréhensibles au regard de la philosophie générale de la législation Antitrust. Les Etats-Unis se sont départis depuis des décennies d'une conception de la concurrence en termes de rivalité entre firmes effectivement présentes sur un marché donné (Kolasky, 2004). La concurrence se définit par les incitations qui s'exercent sur les firmes pour tarifier leurs produits au coût marginal. Ceci ne suppose pas l'existence effective de concurrents mais seulement l'existence d'une concurrence potentielle. Nous retrouvons ce faisant, la distinction juridique entre concurrence effective et concurrence efficace (Riem, 2008). Du moment où le marché est suffisamment fluide, il n'existe pas de problèmes à voir une seule et unique firme satisfaire l'ensemble de la demande, si tant est qu'elle a acquis cette position par ses mérites et qu'elle ne se livre pas à des pratiques anticoncurrentielles pour s'y maintenir. Ainsi, le monopoleur peut-il être pleinement légitime et doit-il d'ailleurs charger des prix de monopole si l'on souhaite produire les incitations les plus fortes pour ses concurrents à innover et à investir pour le supplanter.

Les très fortes réticences américaines à utiliser la TFE en matière de DPI, comme l'illustre la position du DoJ dans l'affaire Microsoft, s'expliquent très bien par ce point de vue schumpétérien. L'objectif est de préserver les incitations nécessaires pour promouvoir une vision dynamique de l'efficacité concurrentielle. Comme l'écrit Kolasky (2004) : « in technological markets, one firm may serve the entire market or at least a large portion of it for a period of time, only to be displaced by another firm for the second period, with a leapfrogging technological innovation [...] In such markets, government interventions to preserve rivals or create new ones will again worsen overall economic performance ».

La difficulté à laquelle doit faire face l'antitrust est donc de protéger le processus de concurrence quand bien même il est possible que la réussite même de ce dernier débouche sur l'élimination de la concurrence effective sur le marché considéré. Ce faisant, l'antitrust doit accepter l'émergence d'un monopole du moment où celle-ci s'est exclusivement faite sur la base des mérites. « The antitrust should intervene if only one combatant employs methods that would deny victory to the most efficient firm, creates barricades to entry by equally or more efficient new entrants » (Kolasky, 2004). Il s'agit donc de faire la part des choses entre l'acquisition d'une position dominante par les seuls mérites ou par des moyens contraires aux principes de juste conduite. Se posent alors les problèmes du standard de la preuve et de la position des autorités antitrust par rapport aux risques de 1^{ère} et de 2^{nde} espèce.

L'antitrust ne doit intervenir que dès lors que les pratiques reprochées à l'opérateur dominant sont préjudiciables aux consommateurs et non aux seuls concurrents. L'une des spécificités de la jurisprudence américaine vis-à-vis de son homologue communautaire dans le domaine tient au fait que c'est à la firme plaignante de démontrer que l'entreprise dominante met effectivement en œuvre des pratiques d'éviction et que celles-ci portent préjudice aux consommateurs. Même si preuve d'une éviction anti-compétitive est apportée, la firme dominante peut arguer de justifications « pro-compétitives » de sa pratique. Si l'entreprise dominante parvient à apporter des preuves convaincantes, ce sera encore au plaignant de montrer que le même résultat aurait pu être obtenu sans porter préjudice à la concurrence.

Le fait que la charge de la preuve incombe au plaignant et que le standard de la preuve soit si exigeant montre bien que le risque qui est le plus craint par les autorités de la concurrence américaines est le risque de 2nde espèce. L'idée est que les gains d'efficacité à court terme résultant d'une obligation d'accès risquent de ne pas compenser les pertes potentielles d'efficacité productive liées à la dégradation des incitations à investir. Cette position très *conservatrice* est d'ailleurs un trait commun au traitement de nombreuses pratiques anticoncurrentielles par l'antitrust américain, notamment les stratégies de prédation. Comme le notent Elzinga et Mills (2001) : « If you are hunting for a predator and mistakenly shoot a competitor, you injure consumers ».

Une seconde différence de principe entre les politiques de concurrence européennes et américaines pouvant expliquer les différences de position vis-à-vis de la TFE tient au fait que l'antitrust américain rejette le principe même d'obligations spécifiques pesant sur l'entreprise dominante. Nous avons vu que la dominance n'est pas un problème en elle-même du moment où elle est vue comme la résultante du processus de marché. De plus, toute firme, y compris, la firme dominante, demeure libre de concurrencer ses homologues de façon aussi agressive que nécessaire. Nous retrouvons ici la conclusion du juge Learned Hand dans l'arrêt Alcoa de la Cour Suprême en 1945 : « The successful competitor having been urged to compete must not be turned upon when he wins ». L'entreprise dominante peut alors conserver sa totale autonomie stratégique. A l'inverse de la situation européenne, des pratiques telles que la liberté de contracter avec des tiers à un prix librement fixé, lui sont, sauf preuve d'un dommage aux consommateurs, ouvertes.

2.2 La pratique européenne en matière d'activation de la TFE

a) Le traitement des pratiques d'évictions suivant la communication de la Commission de février 2009

Dans sa communication de février 2009, la Commission traite directement de la TFE... sans à nouveau citer explicitement le concept, ce qu'elle ne fit directement que dans la décision GVG, préférant, dans d'autres affaires, invoquer des *circonstances exceptionnelles*. Les développements relatifs au traitement des affaires impliquant des demandes d'accès au titre de la TFE sont en fait regroupés dans la catégorie « refus de fourniture et compression des marges⁸ ».

La Commission, à l'instar des autorités de la concurrence américaines, confirme que « d'une manière générale, une entreprise, qu'elle soit ou non dominante, devrait avoir le droit de choisir ses partenaires commerciaux et de disposer librement de ses biens » [point 75]. Elle confirme dans le même temps les risques éventuels pour le processus de concurrence liés à une activation de la théorie des facilités essentielles, notamment en matière d'incitations à innover : « L'existence [d'une obligation de fourniture faite à l'entreprise dominante] – même contre une rémunération équitable – peut dissuader les entreprises d'investir et d'innover, et partant, léser les consommateurs. Le fait de savoir qu'une obligation de fourniture peut leur être imposée contre leur gré pourrait conduire des entreprises dominantes – ou qui aspirent à le devenir – à ne pas investir ou à moins investir dans l'activité en question. De même, des concurrents pourraient être tentés de profiter gratuitement des investissements réalisés par l'entreprise dominante au lieu d'investir eux-mêmes. » [point 75].

Il s'agit de voir comment les autorités de la concurrence européennes, conscientes des risques liés à l'activité de la TFE, vont traiter en situation les demandes d'accès aux infrastructures développées par des firmes dominantes. On s'attachera, pour ce faire, successivement à la communication de la Commission et aux critères effectivement mis en œuvre dans la jurisprudence.

Tout d'abord, le refus de l'entreprise dominante peut être retenu même s'il s'exerce au détriment d'acheteurs potentiels du moment où il est possible de définir un marché potentiel pour l'intrant considéré (affaire IMS, 2004). Le refus peut de la même façon être objectif ou simplement *implicite*. Ce dernier se définit alors des stratégies visant « à retarder indûment ou à perturber la fourniture d'un produit par d'autres moyens ou à imposer des conditions déraisonnables en contrepartie de la fourniture » [point 79]. Le refus de fourniture peut de la même façon passer par des conditions tarifaires d'accès ayant pour effet d'éroder la rentabilité des firmes bénéficiant de ce dernier [point 80]. Nous verrons dans notre troisième partie qu'une telle stratégie de compression des marges (couplée avec des stratégies d'entraves techniques) est particulièrement observable dans la décision voyages-sncf.com du Conseil de la Concurrence en février 2009.

⁸ La notion recouvre le refus de fournir des produits à des clients existants ou nouveaux, le refus d'accorder une licence de droits de propriété intellectuelle, notamment quand celle-ci est indispensable aux fins de communications de protocoles d'interface, ou de donner accès à des installations de réseaux essentielles [point 78].

Pour la Commission, un refus d'accès constitue une pratique anticoncurrentielle si trois conditions sont réunies

1. Le refus porte sur un produit ou service qui est objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence sur le marché aval.
2. Le refus est susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché aval.
3. Le refus est susceptible de léser le consommateur.

Quatre points doivent donc être examinés, si l'on suit la démarche proposée dans le cadre de la communication de la Commission. La première consiste à examiner l'objectivité de la nécessité de l'intrant. La deuxième tient à l'évaluation du risque d'élimination d'une concurrence effective. La troisième vise à mesurer le préjudice subi par les consommateurs. Enfin, la quatrième vise à prendre en considération d'éventuels gains d'efficacité susceptibles de contrebalancer le dommage causé à la concurrence.

Premièrement, il n'est pas nécessaire de montrer que le refus prévient définitivement toute entrée. Un intrant est considéré comme indispensable dès lors qu'il « n'existe aucun produit de substitution réel ou potentiel auquel les concurrents du marché en aval pourraient recourir afin de contrer – à tout le moins à long terme – les conséquences négatives du refus » [point 83]. Un intrant essentiel peut donc correspondre à un actif qu'il est impossible de reproduire dans des conditions économiques raisonnables dans un avenir prévisible.

Deuxièmement, le refus doit avoir pour effet d'éliminer, à plus ou moins long terme, toute concurrence effective sur le marché aval [point 85]. Différents facteurs sont pris en compte pour évaluer ces conséquences, notamment la part de la demande qui se détournerait des concurrents évincés pour s'adresser à l'entreprise dominante.

Troisièmement, il s'agit d'évaluer le dommage causé aux consommateurs par le refus de fourniture. Il est notamment pris en considération, élément central dans l'affaire Microsoft, l'impossibilité dans laquelle pourraient se trouver les concurrents, du fait du refus d'accès, « de mettre sur le marché des produits ou services innovants » ou de voir freinée « l'innovation subséquente » [point 87]. L'idée est de favoriser les innovations de suite (n'oublions pas que le droit de la propriété intellectuelle n'a pas qu'un objectif de protection de l'innovateur mais aussi un objectif de diffusion des connaissances⁹). Il ne s'agit pas d'accorder l'accès pour permettre un *clonage* des produits de l'entreprise dominante mais

⁹ Voir Mackaay et Rousseau (2008).

d'accorder un accès à une « entreprise [qui] n'entend pas se limiter, en substance, à reproduire les produits ou les services déjà proposés par l'entreprise dominante sur le marché aval ». Il est donc nécessaire que la firme demandeuse de l'accès ait « l'intention d'offrir des produits ou des services nouveaux ou plus performants pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs ou qui sont susceptibles de contribuer au développement technique ».

Quatrièmement, la Commission annonce qu'elle souhaite prendre en considération un ensemble de facteurs pouvant justifier un refus d'accès sur la base de gains d'efficacité [point 89]. Parmi ces derniers, il est possible de citer la prise en compte des coûts et des risques liés aux décisions d'investissements¹⁰ ou les risques et difficultés liées aux évolutions technologiques.

b) Les ambiguïtés de la pratique décisionnelle des autorités de la concurrence européennes

Les règles présentées par la Commission dans sa communication de février 2009 sont d'autant plus intéressantes que les critères effectivement mis en œuvre par les autorités communautaires dans les affaires impliquant la TFE se sont avérés particulièrement flous et mouvants, situation extrêmement préjudiciable en termes de sécurité juridique.

Il convient à ce point de distinguer, à ce point de notre présentation, dans les critères d'activation de la TFE dérivés de la jurisprudence communautaire, ceux qui sont issus d'affaires portant sur des infrastructures physiques de ceux qui sont dérivés de demandes d'accès à des DPI. En matière d'actifs physiques, la jurisprudence a dégagé quatre critères, lesquels sont très proches du test MCI, utilisé aux Etats-Unis.

Tout d'abord, la ressource doit être détenue par une entreprise en position dominante. Ensuite, la ressource doit être de telle nature qu'il serait socialement inefficace de la dupliquer (coût de contournement prohibitif). De la même façon, le refus de fourniture risque d'évincer les concurrents du marché. Enfin, son titulaire ne peut justifier objectivement son refus.

A ces quatre critères *a priori praticables*, la jurisprudence a ajouté deux critères additionnels pour les actifs intangibles, bien plus difficiles à cerner et relativement peu respectés dans les faits comme nous le verrons. Il s'agit respectivement du test du produit nouveau et du test des incitations à innover.

Cette apparente clarté, toute relative si l'on considère l'écart vis-à-vis de la communication de février 2009, n'est plus si évidente si l'on s'attache à la pratique décisionnelle des autorités de la concurrence.

¹⁰ Nous retrouvons ici l'une des causes d'exemptions de nouvelles capacités de transports énergétiques aux règles d'accès des tiers, dans le cadre des Merchant Lines européennes (de Hauteclouque et al., 2009).

Comme le relèvent Castaldo et Nicita (2007), « however the evolution of essential facility and the associated dominant firm's duty to provide access [is] far from being linear and coherent ». Ce manque de lisibilité de la règle et de prévisibilité des résultats de son application est particulièrement sensible en matière de DPI.

Il ne s'agit pas ici de rappeler l'ensemble des évolutions et des variations dans les critères utilisés (se reporter sur ce point à Castaldo et Nicita (2007)) mais de mettre en évidence, à partir de décisions emblématiques de la jurisprudence européenne¹¹, l'instabilité des critères utilisés par les juridictions.

La décision Magill de 1995 constitue la première application au niveau communautaire de la TFE à des DPI. La société Magill, selon les termes de la décision, peut accéder aux programmes de télévision sur lesquels les chaînes détenaient des droits, pour proposer en l'objet d'un programme de télévision multi-chaînes, constituant un nouveau produit répondant à un besoin des consommateurs. Ainsi un refus d'accorder une licence devenait abusif, et justifiait, du fait de circonstances exceptionnelles, une licence obligatoire, si six conditions étaient réunies :

- i. Absence de substituts
- ii. Existence d'une demande potentielle
- iii. Caractère indispensable de l'actif
- iv. Refus de fourniture empêchant l'apparition du nouveau produit
- v. Refus non justifié objectivement
- vi. Les firmes excluent toute concurrence sur un marché aval.

Ces critères vont connaître une première évolution en 1997 avec l'arrêt Bronner. Le refus d'accès à la facilité est abusif si :

- i. Le refus de contracter a pour effet de forclore toute compétition sur le marché pertinent
- ii. L'accès à la facilité est indispensable pour que le demandeur puisse exercer son activité.

En matière de caractère indispensable, le TPICE a d'ailleurs précisé que ce dernier se caractérise par l'absence de toute alternative plausible, y compris moins performantes, et que l'absence de capacités à dupliquer la facilité ne soit pas spécifique aux limitations propres au nouvel entrant. Au final, vont ressortir de Bronner, quatre critères :

- i. Le refus de contracter a pour effet d'éliminer la concurrence sur le marché dérivé.
- ii. Le refus n'a pas de justification objective.
- iii. L'accès est indispensable pour qu'une firme représentative puisse exercer son activité sur le marché.
- iv. Il ne doit pas exister de substituts actuels ou potentiels à la facilité.

¹¹ Pour une description des affaires, voir Marty et Pillot (2009a).

Ces critères vont à nouveau connaître une nette évolution – dans le sens d’un relâchement - avec l’affaire GVG de 2003. Dans le cadre de cette affaire un opérateur du rail allemand, la Georg Verkeorganisation GmbH (ci après GVG), voulait pouvoir desservir Milan depuis l’Allemagne. Pour ce faire, elle devait nécessairement avoir accès au réseau italien de la Ferrovie dello Stato (FS) et obtenir des locomotives (et du personnel qualifié) adaptées aux infrastructures ferroviaires italiennes. Devant le refus de contracter opposé par FS, GVG a saisi la Commission Européenne en invoquant une violation de l’article 82 du traité CE. Cette dernière, s’appuyant sur le test Bronner, a conclu d’une part que GVG n’avait d’autre choix que de contracter avec FS pour pouvoir proposer un service nouveau à ses clients et, d’autre part que le refus opposé par FS n’était motivé par aucune raison objective et était de nature à éliminer la concurrence sur ce marché. Dès lors, et cela sans même expressément utiliser le terme de FE, la Commission Européenne a appliqué les dispositions prévues par la doctrine, non seulement aux infrastructures ferroviaires, mais même aux capacités de traction ainsi qu’au personnel qualifié de FS ! En d’autres termes, ces actifs vont être considérés comme essentiels pour que la firme GVG exerce son activité de transport ferroviaire de voyageurs entre l’Allemagne, Bâle et Milan.

Un an plus tard, l’affaire IMS va marquer encore davantage le phénomène de « relâchement » entraperçu dans le cadre de GVG quant à l’application de la doctrine. En l’espèce l’entreprise américaine IMS health avait fait breveter une base de données modulaire s’appuyant sur les codes postaux allemands afin de faciliter (et de rendre plus efficaces) les approvisionnements des pharmacies en médicaments. Pour pouvoir concurrencer plus efficacement IMS sur ce marché la société NDC désirait obtenir un accès à cette base de données - devenue, entre temps, un standard de marché -, non sans avoir préalablement tenté de développer leur propre système de répartition géographique. Devant le refus opposé par IMS de lui céder une licence d’exploitation, NDC saisit la Commission pour abus de position dominante. De toute évidence, la jurisprudence *Magill* ne pouvait s’appliquer dans la mesure où NDC proposait un service déjà existant sur le même marché. Pourtant, la Commission va prendre en compte le fait que des externalités de réseau et la prise en compte des switching costs peuvent donner à un actif un caractère d’essentialité¹². Cinq critères vont alors être retenus :

- i. L’actif est indispensable
- ii. L’entreprise demandeuse veut introduire un produit qui n’est pas fourni par le propriétaire de l’actif
- iii. Il existe une demande potentielle pour ce nouveau produit
- iv. Le refus n’a pas de fondement objectif

¹² Nous ne traiterons pas ici des divergences entre la Commission et la CJCE sur cette affaire. En effet, la Commission, dans sa décision de 2001, conduisait à accorder un accès sans même avoir à démontrer que le refus était de nature abusive. Pour une analyse de cette question se reporter à Elabd (2009).

- v. Le refus a pour effet de réserver le marché dérivé au détenteur de la facilité.

Les constantes variations dans les critères posent ainsi plusieurs difficultés. La caractérisation de l'essentialité d'un actif donné peut parfois être extrêmement légère comme en atteste le critère utilisé dans GVG. Le critère de nouveau produit n'est quant à lui présent que pour les affaires impliquant des DPI mais pose une difficulté tenant non seulement à sa nature (et sa mesure) ainsi qu'aux constantes évolutions de son contenu (Géradin, 2005). Dans Magill, il s'agit effectivement d'un produit nouveau, en ce sens que les chaînes de télévision irlandaises n'offrent pas un produit équivalent à un guide multi-chaînes. La nouveauté ne devient que très potentielle dans les affaires IMS et MS. Dans les deux cas l'accès permet aux concurrents de développer des produits équivalents à court terme dont on espère le développement de fonctionnalités spécifiques à terme au fil des innovations incrémentales réalisées par les développeurs ayant eu accès aux protocoles d'interface. Dernière remarque, enfin, l'arrêt MS de 2007 introduit aux côtés du critère de la nouveauté, un second test, spécifique aux DPI mais qui pourrait aussi faire sens pour les infrastructures physiques, celui de la balance des incitations. Il ne faut pas que l'accès se traduise par des désincitations à l'investissement plus élevées pour l'entreprise dominante que les nouvelles incitations à investir dans de nouveaux développements et fonctionnalités créés pour les entreprises bénéficiant de l'accès. Ce critère, déterminant pour préserver les intérêts de long terme des consommateurs, est introduit pour la première fois (de façon peu satisfaisante) et va poser l'épineux problème de la fixation du montant de la redevance.

Il apparaît ainsi que malgré la cohérence dessinée par la récente communication de la Commission, la pratique décisionnelle des autorités européenne révèle une forte variabilité et incohérence temporelle des critères utilisés, témoignant d'une réelle insécurité juridique pour les opérateurs. Si la littérature économique se partage entre appels à rejeter, selon l'exemple américain, la TFE dans son ensemble et propositions de nouveaux tests (Castaldo et Nicita, 2007), il apparaît possible d'analyser les évolutions communautaires comme possiblement liées à des considérations d'opportunité en termes de régulation de la concurrence sur les marchés. A l'instar de la notion de position dominante collective, qui peut être utilisée comme un levier d'autant plus efficace que la notion présente une très forte plasticité pour peser sur la structuration des marchés concernés par un projet de concentration (Bishop et Lofaro, 2004), la TFE peut être un moyen efficace de mettre en œuvre une telle stratégie constructiviste.

III – L'activation de la TFE par le Conseil de la Concurrence au travers de deux exemples NMPP et voyages.sncf.com

Nous nous proposerons donc, dans notre dernière partie, d'analyser au travers de deux exemples récents, à savoir l'affaire NMPP (Pillot, 2009) et voyages.sncf.com (Marty et Pillot, 2009), la façon

dont le Conseil de la Concurrence français s'est saisi de cette notion et quels ont été les critères que ce dernier a retenus. Nous essaierons d'évaluer quel aurait pu être l'impact de l'adoption des critères proposés par la littérature, notamment par Castaldo et Nicita (2007).

3.1 L'affaire NMPP

L'affaire NMPP ne constitue pas, loin s'en faut, la première application de la TFE par le Conseil de la Concurrence. Dès le milieu des années-quatre-vingt-dix, le Conseil appliqua cette théorie aux infrastructures physiques (un hélicoptère) mais l'étendit très rapidement aux DPI avec la décision de 2003 relative au *numéro vert* de France Télécom. L'affaire NMPP est, à ce titre, particulièrement intéressante dans la mesure où elle débute par une saisine du Conseil à l'été 2003 par *Les Messageries Lyonnaises de Presse*, le concurrent des NMPP pour s'achever par une décision en février 2008 par laquelle le Conseil accepte les engagements des NMPP.

Comprendre l'affaire suppose de revenir très succinctement sur l'organisation très particulière du secteur de la diffusion de la presse en France, telle qu'elle découle de la Loi Bichet et 1947. La distribution des périodiques au niveau national est assurée par les messageries de presse. Celles-ci distribuent les journaux auprès de dépositaires (en situation de monopoles géographiques), lesquels les transmettent ensuite aux diffuseurs (en l'occurrence les détaillants). La spécificité du secteur tient au fait que parmi les trois diffuseurs nationaux, les NMPP, SAEM-TP et les MLP, deux appartiennent au même groupe (Hachette) et détiennent conjointement quelque 85 % de part de marché. En outre, ces derniers constituent un groupe verticalement intégré, en contrôlant 50 % des dépositaires.

Le contentieux est lié à un logiciel servant à la transmission des informations sur les flux de ventes et les stocks d'inventaires entre les éditeurs et les diffuseurs de presse. En 1990, les NMPP ont élaboré et diffusé leur propre logiciel (facilement devenu le standard de fait du marché), Presse 2000. Si les MLP devaient avoir théoriquement accès depuis 1992 au tronc commun de Presse 2000 pour permettre aux diffuseurs de saisir une seule fois les informations, dans les faits l'interopérabilité ne fut jamais effective. Les diffuseurs devaient donc re-saisir les informations manuellement et transférer ces dernières par disquette... engendrant ainsi une forte perte de temps pour ces derniers. Cette perte de temps était selon les MLP à l'origine de la désaffection pour les titres qu'elle diffusait et donc directement responsable de l'inexorable dégradation de son excédent brut d'exploitation entre 2000 et 2003.

D'où sa demande de mesures conservatoires, acceptée par le Conseil le 22 décembre 2003. Ce dernier enjoignit alors les NMPP à accorder un accès à Presse 2000 aux MLP, en l'attente d'un jugement sur

le fond. En 2004, la Cour d'Appel de Paris confirma la décision du Conseil, tout en relevant la faiblesse du lien causal entre la dégradation de la rentabilité des MLP et le refus d'accès. L'affaire rebondit encore avec une cassation partielle en juillet 2005, un nouvel arrêt de la Cour d'Appel en janvier 2006 puis un nouvel arrêt de la Cour de Cassation en février 2007.

L'arrêt de la Cour de Cassation du 12 juillet 2005 est particulièrement intéressant en ceci qu'il a refusé la qualification de Presse 2000 comme « facilité essentielle ». La Cour souligne notamment que « l'autorisation d'accès doit répondre à des critères stricts afin que sa mise en œuvre n'ait pas pour effet de décourager l'investissement et de nuire à l'efficacité économique ». La Cour fonde sa cassation partielle sur le critère de l'impossibilité de reproduire l'actif dans des conditions techniques et économiques raisonnables. Pour la Cour, suivant ainsi la jurisprudence Bronner, le fait que les solutions alternatives soient plus coûteuses et moins efficaces, ne saurait faire de Presse 2000 un actif essentiel. Comme un système alternatif a déjà été développé par les MLP, l'accès à Presse 2000 ne saurait être justifié par la TFE. Comme l'écrit la Cour : « il ne suffit pas que les solutions alternatives soient moins avantageuses, le droit de la concurrence ayant vocation à préserver non les concurrents, mais la concurrence ».

L'affaire n'en resta pourtant pas là et le 28 novembre 2007, les NMPP ont proposé (comme le fera plus tard la SNCF) des engagements pour donner un accès à Presse 2000 aux MLP (engagements acceptés le 25 février 2008 par le Conseil). Quelles peuvent être les motivations des NMPP pour accepter enfin l'ouverture alors que plus rien ne l'imposait ? Les explications (Pillot, 2009) peuvent tenir à la volonté de maintenir une frange concurrentielle (pour éviter à termes d'éventuels remèdes structurels ?) et de manifester une bonne volonté auprès du Conseil de la Concurrence d'autant moins coûteuse que les garanties données aux MLP en cas d'évolution des logiciels sont des plus légères. Au moins deux stratégies d'utilisations stratégiques du droit de la concurrence pourraient, en effet, être décelées dans ce cas. La première pourrait être un recours stratégique des MLP (se protéger derrière le droit de la concurrence pour éviter une marginalisation sur le marché). La seconde pourrait émaner des NMPP au travers d'un usage tout aussi opportun au point de vue stratégique de la procédure d'engagements.

3.2 L'affaire voyages.sncf.com¹³

Le 5 février dernier, la SNCF s'est vue infliger une sanction de 5 millions d'euros par le Conseil de la concurrence pour avoir violé les dispositions prévues par les articles 81 et 82 du Traité CE à travers six pratiques anticoncurrentielles. La première d'entre elles concernait une entente verticale avec Expedia.fr (*ex* filiale de Microsoft). En l'espèce, la création d'une agence commune (VSC) en 2001

¹³ Ces développements sont tirés de Marty et Pillot (2009b).

avait permis de favoriser, au moyen d'un accord de distribution exclusive, les offres commerciales d'Expédia relativement à celles de ses concurrents. Les cinq autres pratiques anticoncurrentielles reprochées à la SNCF sont caractéristiques d'un abus de position dominante de la part de l'opérateur historique. Celles-ci se sont traduites par des discriminations d'ordre technique et tarifaires qui ont eu pour effet de conforter la position dominante de voyages-sncf.com, l'agence de voyage en ligne de la SNCF. Alors que les discriminations techniques se sont manifestées par l'impossibilité pour les opérateurs tiers de présenter les offres iDTGV et dernière minute sur une même page, ou encore par leur incapacité de fournir à leur clientèle une facilité d'impression pour les billets achetés sur leurs pages, les discriminations tarifaires, quant à elles, faisaient écho tant aux commissions perçues par la SNCF inégales selon que le billet soit émis par VSC ou par une agence de voyage tierce au prix de cession de la licence Ravel.

Ce sont précisément les conditions d'accès à la licence Ravel – une interface informatique permettant d'accéder au système informatique de la SNCF, Résarail, relatif aux horaires, tarifs et réservations – qui attirent tout particulièrement notre attention. Nous verrons, en effet, que l'opérateur historique a tiré profit d'informations essentielles en sa possession pour mener une stratégie de levier consistant à étendre son pouvoir de monopole depuis le marché français du transport ferroviaire de voyageurs vers le marché connexe de la distribution de billet de train et le marché dérivé des services d'agence de voyages prestés pour les voyages de loisir. L'affaire porte donc à nouveau sur des protocoles d'interface, à l'instar de *Microsoft* où il s'agissait de permettre l'interopérabilité entre Windows NT et des systèmes d'exploitation pour groupe de travail tiers, et de *NMPP* où le contentieux concernait l'accès à un logiciel assurant la liaison logistique entre les messageries et les dépositaires de presse.

En l'espèce, la SNCF dispose d'un système informatisé de réservation (Résarail) contenant l'intégralité des informations relatives au trafic ferroviaire (horaires, tarifs des services, places vacantes...). La SNCF a également développé un logiciel (Ravel) permettant d'assurer la liaison technique entre Résarail et toute agence de voyage désireuse d'entrer sur le marché de distribution de billets de train. Le prix d'acquisition de la licence Ravel fluctue entre 1500€ et 54000€ selon les fonctionnalités souhaitées par l'agence de voyage, celui-ci étant assorti d'une redevance variable fixée à 1,10€ par dossier réservé et émis.

Au moment de s'interroger sur le caractère essentiel du système Résarail, le Conseil de la concurrence a opté pour le « test *NMPP* » précisé par la Cour de Cassation en juillet 2005. Dans un premier temps, le Conseil a retenu la nécessité de recourir à Résarail pour œuvrer sur le marché de la distribution de billets de train dans la mesure où les informations contenues dans Résarail demeurent sous le contrôle exclusif (et légal) de la SNCF et ne sont pas duplicables en l'état. Dans un second temps, il a souligné

que le refus d'accès à Ravel ne pouvait se justifier techniquement attendu qu'il existe une alternative à Ravel. En effet, contrairement aux agences de voyages en ligne, les agences de voyage traditionnelles ont la capacité de se connecter à Résarail en ayant recours à un GDS (Global Distribution System), tel Sabre ou Amadeus, permettant la liaison entre les fournisseurs et les distributeurs de produits touristiques. Dès lors qu'il existe une autre option technique que Ravel pour accéder à la facilité Résarail, mais que cette option semble réservée aux agences de voyages non directement concurrentes de voyages-sncf.com, Ravel s'apparente fort à une barrière à l'entrée artificielle. D'autant que les conditions tarifaires d'accès à Ravel se sont, elles aussi, avérées discriminatoires.

En effet, si les GDS proposent aux agences de voyages traditionnelles (ainsi qu'à certains web opérateurs) d'accéder à Résarail moyennant une redevance englobant une base fixe et une part variable. Par exemple, Amadeus tarifie l'accès à Résarail à hauteur de 20€ HT mensuels auxquels viennent s'ajouter des frais additionnels de 0,004€ HT par dossier traité. Ces tarifs n'ont rien de comparable avec le prix d'acquisition de la licence Ravel, alors même que la finalité est similaire. De la même façon, il paraît difficilement concevable que les exploitants du site voyages-sncf.com avait la possibilité d'accéder à Résarail sans avoir recours à un quelconque protocole d'interface, et donc, sans avoir à s'affranchir de quelque redevance d'accès que ce soit.

Il est à noter que ces discriminations semblent principalement affecter les concurrents directs de voyages-sncf.com. En entravant tout particulièrement les agences de voyages en ligne, la SNCF n'a-t-elle pas mené une stratégie d'augmentation des coûts des rivaux consistant à éroder la rentabilité espérée des nouveaux entrants tout en s'appropriant une partie de la rente des acteurs déjà présents sur le marché ?

b) une décision conforme à la jurisprudence mais n'accordant qu'une très faible place à certains critères

La décision du Conseil s'inscrit en cohérence avec les critères dégagés par les juridictions communautaires et la Cour de Cassation française. Nous avons établi par ailleurs (Marty et Pillot, 2009b) qu'elle aurait été maintenue si le test proposé par Castaldo et Nicita (2007) avait été appliqué. Nous verrons cependant que certains éléments de tests, tels le produit nouveau ou la balance des incitations n'ont pas fait l'objet de réels développements dans la décision du Conseil de la Concurrence, posant à nouveau le problème de la stabilité des critères d'activation de la théorie.

- *Activation des critères de la Cour de Cassation issus de l'affaire NMPP*

Comme nous l'avons déjà notifié, c'est le test NMPP auquel a eu recours le Conseil au moment de se prononcer sur le caractère essentiel du système Résarail. L'analyse des cinq étapes de ce test montre

l'homogénéité de la décision avec les jurisprudences interne et communautaire, et donc, un certain degré de prévisibilité de celle-ci.

- i. Tout d'abord, Résarail est la propriété d'une firme en position dominante jouissant par ailleurs d'un monopole légal sur le marché du transport de voyageurs par voie ferroviaire.
- ii. Dans un deuxième temps, la nature même des informations transmises par l'intermédiaire de Résarail en font une facilité indispensable dès lors que l'on souhaite proposer un billet de train à sa clientèle.
- iii. L'absence de substitut à Résarail a été soulignée par le Conseil lors de la troisième étape du test. De par son statut, l'opérateur historique est le seul à même de fournir un système englobant l'ensemble des informations relatives au trafic ferroviaire et nécessaires aux acteurs des marchés connexes.
- iv. La quatrième étape du test a confirmé les discriminations techniques et tarifaires injustifiées subies par les agences de voyages en ligne lors de l'acquisition de la licence Ravel, cette dernière devenant dès lors assimilable à une barrière à l'entrée érigée de manière artificielle.
- v. Enfin, dans la cinquième étape du test, le Conseil a rappelé que l'accès direct à Résarail était techniquement réalisable, notamment dans la mesure où les GDS ou encore voyages-sncf.com ont d'ores et déjà la possibilité de se connecter à Résarail sans avoir recours à Ravel. D'autant plus que la SNCF s'est montrée incapable d'établir que permettre à toute agence de voyages en ligne de concevoir sa propre interface d'accès à Résarail serait de nature à engendrer des failles de sécurité à même de rendre son système propriétaire instable.

Les cinq étapes du test NMPP appliquées à Résarail ont permis de démontrer le caractère essentiel de l'actif détenu par la SNCF. Dès lors, la qualification de Résarail comme facilité essentielle était prévisible et en totale cohérence avec la jurisprudence interne. Nous pouvons toutefois nous interroger sur la disparition du critère de nouveauté et de la prise en compte des incitations à innover mis en avant dans la jurisprudence communautaire dans les affaires de même type.

- *La disparition des critères du produit nouveau et de la balance des incitations*

Une application de la jurisprudence communautaire, qu'il s'agisse des tests issus des différentes décisions ou de la communication de la Commission de février 2009¹⁴ aurait, sans nul doute, donné les

¹⁴ A la circonstance « aggravante » près que la SNCF a acquis la position dominante sur le marché à partir duquel elle mène sa stratégie de levier, non par ses mérites mais par un monopole légal [point. 82]

mêmes résultats. Pour autant, il n'est jamais fait mention dans la décision du Conseil ni du critère du produit nouveau dégagé par la jurisprudence *Magill* (1995), ni de la prise en compte de la balance des incitations qui, pourtant, fut un élément fondamental au moment d'appliquer la TFE au protocole d'interface propriétaire de Microsoft (2007).

L'absence du critère de nouveauté n'est pas surprenante en soi tant celui-ci s'est vu considérablement affaibli ces dernières années au gré des jugements rendus à l'échelle européenne, notamment à travers les affaires *IMS* et *Microsoft*. Pourtant, celui-ci tenait une place centrale dans le test appliqué dans le cadre de l'affaire *Magill*. En effet, l'obligation faite aux chaînes irlandaises de télévision de fournir leurs informations relatives à leurs grilles de programme à la société Magill tenait notamment au fait que cela rendait possible l'apparition d'un produit nouveau (en l'occurrence, un guide de programmes généraliste) sur le marché aval pour lequel il existait une demande non satisfaite. Les jurisprudences successivement dégagées par la suite, notamment dans le cadre des affaires *IMS* et *Microsoft*, ont montré que le simple fait que le refus d'accorder un accès à la facilité puisse être de nature à empêcher une innovation hypothétique susceptible de répondre à une demande potentielle sur le marché secondaire pouvait justifier une licence obligatoire. Dès lors, l'absence de référence à ce critère de nouveauté dans le cas d'espèce, si elle peut satisfaire certains économistes du fait du flou théorique la caractérisant (Ridyard, 2004), peut néanmoins surprendre selon certains aspects. En l'occurrence, la question n'a jamais été posée de savoir si un accès non discriminatoire à Résarail allait favoriser l'apparition de nouveaux services proposés aux clients des agences de voyages en ligne.

La disparition de la balance des incitations, quant à elle, nous interpelle davantage. Un principe central présidant à l'ouverture forcée d'un réseau (ou d'un DPI) est la condition selon laquelle de cette ouverture doit découler un renforcement de la pression concurrentielle au bénéfice du consommateur. Si la disparition de la barrière à l'entrée a pour vocation de rétablir le jeu concurrentiel en permettant aux agences en ligne de s'affranchir d'un tarif d'accès rédhibitoire à l'origine du désavantage compétitif dont elles souffrent vis-à-vis du site commercial de l'opérateur historique, le Conseil ne mentionne jamais que le surplus dégagé se traduira par une baisse du prix des billets au profit des consommateurs. Par ailleurs, et les débats ayant animé l'illustrent particulièrement, il paraît fondamental de prendre en compte les effets de dynamique dès lors que l'enjeu est la promulgation d'une licence obligatoire. En l'occurrence, un accès à un DPI ne devrait se concevoir que si la baisse des incitations futures à innover de son titulaire est plus que compensée par la hausse de ces mêmes incitations auprès des tiers profitant de la licence obligatoire. Dans l'affaire qui nous intéresse, le Conseil de la concurrence a totalement occulté cet aspect qui, pourtant, avait été au cœur de nombreux débats autour de l'affaire *Microsoft* (Lévêque, 2008b). Il aurait pourtant été intéressant de voir si la disparition de la barrière à l'entrée est de nature à favoriser une compétition par l'innovation ou bien

simplement de permettre la sauvegarde d'une frange concurrentielle sur le marché en question (et ainsi, limiter le pouvoir de marché de la SNCF).

- *Quelques éléments de discussion sur la stratégie de la SNCF dans l'affaire*

Un autre intérêt de la décision voyages.sncf.com tient à nouveau aux engagements pris par la firme. En l'espèce, la SNCF ne s'est opposée à aucun des griefs que le Conseil lui avait communiqué et, conformément aux dispositions prévues par l'article L.464-2 du code de commerce, s'est engagée sur un certain nombre de points.

Pour reprendre les termes de Mackaay (2008), les procédures d'engagements peuvent être analysées comme une entente entre régulés et régulateurs visant à accélérer la transformation des marchés. En d'autres termes, à l'instar de la TFE elle-même, qui occupe une place ambiguë entre interventions *ex post* (domaine du droit de la concurrence) et interventions *ex ante* (domaine des régulations sectorielles), la procédure d'engagements peut être un outil mis à disposition du juge de la concurrence pour influencer sur la structure du marché elle-même, lui permettant d'étendre son action au-delà de la seule sanction des pratiques anticoncurrentielles. Du fait de la difficulté de vérifier le respect des obligations comportementales des entreprises, comme en atteste l'affaire Microsoft (Deschamps et Marty, 2008), les autorités communautaires ont tendance à privilégier les remèdes structurels. En la matière les déclarations de Nelly Kroes devant l'American Bar Association, sont particulièrement révélatrices : « it could be reasonable to draw the conclusion that behavioral remedies are ineffective and that a structural remedy is warranted ».

De façon générale, nous pouvons considérer que les procédures négociées peuvent avoir un double intérêt pour les autorités en charge de l'application du droit de la concurrence. D'une part, à l'instar des politiques de clémence, elles permettent d'accélérer le temps des procédures et facilitent l'obtention d'éléments de preuve. D'autre part, les engagements proposés par l'entreprise pour l'avenir « deviennent partie intégrante de la décision et son revêtu, dès lors, de l'autorité de la chose jugée ».

En ce qui concerne les abus de position dominante qui lui ont été reprochés, et qui attirent tout particulièrement notre attention, la SNCF a pris devant le Conseil deux engagements majeurs. Le premier concerne la tarification d'accès au protocole d'interface Ravel. L'exploitant ferroviaire propose de supprimer la partie fixe d'acquisition de la licence d'exploitation, et de baisser significativement la part variable de cette dernière. Concrètement, le tarif unitaire par dossier traité passe d'un niveau initialement fixé à 1,10€ au prix de 0,95€ à partir de 101 dossiers mensuels et 0,85€ à partir de 201 dossiers mensuels. Dans un second engagement, la SNCF propose d'entamer des discussions avec les GDS en vue de faciliter l'apparition d'une solution technique alternative à Ravel

pour assurer l'interface avec Réसारail tout en élargissant sa palette de prestations afin de toujours plus coller aux attentes de ses partenaires commerciaux.

Le Conseil a accepté les engagements pris par la SNCF, des engagements selon lui à même de supprimer les barrières à l'entrée, de rétablir les conditions d'une concurrence loyale sur le marché de la distribution des billets de train, et de se prémunir contre de futurs problèmes qui pourraient survenir lors de l'ouverture du marché du transport de voyageurs par voie ferroviaire à la concurrence au 1^{er} janvier 2009. Il est néanmoins à noter que le Conseil s'est refusé à statuer sur le montant des redevances d'accès à l'interface Ravel.

Dans des affaires présentant des similitudes certaines à la présente, des entreprises en position dominante telles Apple ou Microsoft (et même les NMPP dans un premier temps) avaient adopté une ligne de défense consistant à contester l'ensemble des griefs leur étant adressés. Dès lors, nous pouvons nous interroger sur la démarche suivie par l'opérateur français du rail qui, au contraire, reposait sur une acceptation dans leur intégralité des pratiques lui étant reprochées.

Le premier élément de réponse qui pourrait naturellement être avancé concerne le montant de la sanction. En ne contestant aucun des griefs lui étant adressés, la SNCF s'est placée sous les dispositions de l'article L.464-2 du code de commerce prévoyant une réduction de moitié du plafond de la sanction encourue¹⁵. Pourtant, cet argument suffit-il, à lui seul, à expliquer la stratégie de défense adoptée par la SNCF ? Il n'est pas exclu de penser, en effet, que divers autres éléments ont pu motiver la SNCF à opter pour la solution de la non contestation des griefs.

En premier lieu, la SNCF a pu craindre une condamnation sur la seule base du monopole qu'elle détient ; monopole qui fait d'elle un « opérateur crucial » (Frison-Roche, 2005) soumis, en accord avec la jurisprudence communautaire, à des responsabilités particulières » envers la concurrence. En effet, *« l'entrave au fonctionnement du marché peut, dans certaines circonstances tenant, notamment à la structure, résulter de la seule domination par une entreprise, alors qu'aucun acte illicite en lui-même n'a été commis »* (Boy, 2005). Ce faisant, la SNCF a pu prendre conscience que son statut spécifique l'exposait de manière notable à de sévères sanctions financières, et que ce risque justifiait de se placer sous les dispositions prévues par l'article L. 464-2 (§ III) du code de commerce.

¹⁵ La non contestation des griefs, introduite par la loi sur les nouvelles régulations économiques de 2001, est une spécificité du droit interne vis-à-vis du cadre communautaire. Dans le cadre de cette dernière l'entreprise renonce à contester la réalité, la qualification et l'imputabilité des griefs mais peut toujours remettre en cause la gravité des pratiques en cause, en termes de dommage à l'économie. Elle doit proposer à l'autorité de la concurrence des engagements « substantiels, crédibles et vérifiables » conduisant à mettre fin aux pratiques incriminées. L'autorité de la concurrence peut exiger des précisions quant aux moyens mis en œuvre ou demander des engagements complémentaires. Après acceptation des engagements proposés par cette dernière – rappelons que la non contestation ne vaut pas aveu – l'autorité de la concurrence fixe le montant de la sanction – sanction dont le plafond sera réduit de moitié (Vialfont, 2007).

En second lieu, il convient de prendre en considération la gravité et le caractère difficilement contestable des faits étant reprochés à l'opérateur historique, notamment son entente avec Expedia.fr. Au regard de la sanction maximale qu'elle encourait (près de 2,4 milliards d'euros), il s'avère que la ligne de défense finalement adoptée par la SNCF se présentait comme la moins risquée d'un point de vue strictement financier. Le montant relativement faible de l'amende lui ayant finalement été infligée (5 millions d'euros) tend à confirmer que l'orientation choisie par la SNCF était la bonne.

Enfin, la nature des engagements pris par l'opérateur historique du rail est-elle à même de rétablir une réelle concurrence équitable sur les marchés situés en aval ? La position dominante de la SNCF sur ces marchés peut-elle être remise en question à la faveur des engagements proposés ? Divers éléments de la décision tendent à montrer le contraire en ce que, au moyen d'une stratégie de levier, la SNCF est parvenue à imposer son site commercial comme le standard de marché « *avec un volume d'affaires de plus d'un milliard et demi d'euros en 2006 et plus de neuf millions de visiteurs uniques en moyenne par mois en 2006* ». En d'autres termes, voyages-sncf.com est devenu une *norme de fait* poussant tout internaute à la recherche d'un billet de train à se rendre quasi-spontanément sur le site commercial de la SNCF (de la même manière que ce même internaute se rendra sur Google pour effectuer une recherche sur Internet). Tout porte à croire que cette situation puisse perdurer – et cela même après l'ouverture du marché français du transport ferroviaire à la concurrence – dans la mesure où il est très long de changer les habitudes des consommateurs¹⁶. En cela, les objectifs initialement fixés par la SNCF semblent avoir d'ores et déjà été atteints et les engagements pris ne paraissent pas vraiment de nature à les remettre en question.

Conclusion

Les ambiguïtés de la théorie des facilités essentielles, son manque de bases théoriques et de tests économiques propres à offrir une réelle sécurité juridique font courir le risque de multiplication des risques de 2nde espèce d'autant plus fréquents que les autorités de la concurrence pourraient vouloir se muer en régulateurs de la concurrence. Face aux risques de sacrifice de l'efficacité productive à long terme et de dissuasion des investissements des firmes, tant de la firme dominante que de ses concurrentes, et donc de préjudice causé aux consommateurs, doit-on adopter la position d'Areeda et Hovenkamp (2003), selon laquelle « the essential facility doctrine is both harmful and unnecessary and should be abandoned ».

¹⁶ Les propos des porte-paroles des sociétés Karavel et Promovacances cités dans le paragraphe 182 de la présente décision sont des plus significatifs : « *Même si on nous offrait la licence Ravel et que l'on nous offrait les mêmes conditions de distribution et la même gamme qu'à voyages-sncf.com, nous vendrions peu de billets de train sec. En effet, nous ne pouvons pas lutter contre quarante ans de pratique du client et notamment de re-routage systématique du site sncf.com vers le site voyages-sncf.com pour la vente de billets de train* ».

L'impact de la TFE en matière de sécurité juridique doit être questionné. En effet, si nous ne considérons que la jurisprudence concurrentielle interne, globalement conforme aux critères dégagés par les autorités communautaires, nous pouvons à la fois relever que la mise en œuvre de la TFE se traduit parfois par des caractérisations de l'essentialité d'un actif donné pour le moins hâtive dans certaines situations (Affaire Direct Energie de décembre 2007) et par la relative occultations de certains critères, tels le test de la nouveauté ou la balance des incitations (affaire voyages.sncf.com de février 2009).

A ce titre, la TFE peut bien être considérée comme étant porteuse d'une relative insécurité juridique (faible intelligibilité de la règle et des critères utilisés et difficile prévisibilité des décisions). Cette ambiguïté est cependant à nuancer dès lors que l'on considère la cohérence qui se dégage progressivement des décisions, les efforts d'explicitation mis en œuvre par la Commission européenne et la relative prévisibilité de l'attitude des juridictions concurrentielles à tenter de se muer en régulateur de la concurrence. Ce fut comme nous l'avons vu le cas de la Commission européenne en 2003 (Deutsche Telekom) et du Conseil de la Concurrence en 2007 (Direct Energie). De façon sans doute provocante, il serait presque possible de parier sur une occultation dans les décisions des deux tests de la nouveauté et de la balance des incitations, propres à la PI.

A ce titre, les ambiguïtés de la TFE peuvent se muer en ressources d'action pour les acteurs du marché. L'autorité de la concurrence pourrait y voir une opportune occasion de jouer sur les structures de marché pour les rapprocher d'une situation qu'elle juge plus efficace en termes allocatifs. Les firmes de la frange concurrentielles, les nouveaux entrants ou les entrants potentiels un moyen de neutraliser en partie l'avantage concurrentiel de la firme dominante ou d'engager des poursuites stratégiques visant à obtenir un arrangement négocié avec celle-ci. Les firmes dominantes elles-mêmes enfin, pourraient utiliser les procédures d'engagement (NMPP) ou de non contestation des griefs couplée avec des engagements (SNCF) pour obtenir sinon une relative auto-régulation mais du moins une régulation négociée, permettant de modifier certaines pratiques le (meilleur) moment venu.

Références

- Areeda P. (1990), 'Essential Facilities: an Epithet in Need of Limiting Principles', *Antitrust Law Journal*, vol. 58.
- Areeda P. and Hovenkamp H., (2003), *Fundamentals of Antitrust Law*, vol. 1-2, Aspen Publishers, NY
- Bazex M., (2001), « Entre concurrence et régulation : la théorie des facilités essentielles », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, n° 119, pp.37-44.
- Bishop S. et Lofaro A., (2004), "A Legal and Economic Consensus? The Theory and Practice of Coordinated Effects in EC Merger Control", *The Antitrust Bulletin*, Spring-Summer, pp. 195-242.
- Boy L. (2005), « L'abus de pouvoir de marché, contrôle de la domination ou protection de la concurrence », *Revue Internationale de Droit Economique*, n° 1/ 2005, pp. 27-50.
- Castaldo A. and Nicita A., (2007), "Essential Facility Access in Europe: Building a Test for Antitrust Policy", *Review of Law and Economics*, vol. 3
- Chevallier J., (2007), « Le droit économique : Insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique ? », in Boy L., Racine J.-B. et Siirainen F., (sd.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Bruxelles, décembre 2007, pp.543-562.
- Commission européenne, (2009), *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, Communication de la Commission, C(2009) 864 Final, Bruxelles, 9 février, 28p.
- Dari-Mattiacci G. and B. Deffains, (2006), "Uncertainty of Law and Legal Process", Tinbergen Institute Discussion Paper – TI 2006-071/1.
- Deschamps M. et Marty F., (2008), « Les politiques de concurrence sont-elles réductibles à la théorie économique appliquée ? Réflexions autour de l'affaire Microsoft », *Cahiers de Méthodologie Juridique – Revue de la Recherche Juridique (Droit Prospectif)*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, à paraître.
- Elabd E. (2009), « La répartition des fruits d'une activité inventive. A la confluence de l'intérêt individuel, collectif et de l'intérêt général », thèse de doctorat de droit privé, Université de Nice-Sophia Antipolis, Janvier.
- Elzinga K.G. and Mills D.E., (2001), "Predatory Pricing and Strategic Theory", *Georgia Law Review*, vol.89, pp.2475-2479.
- Frison-Roche M.-A. (2006), "Proposition pour une notion : l'opérateur crucial". *Recueil Dalloz*
- Gaffard J.-L. and Quéré M., (2006), "What's the Aim of Competition Policy: Optimizing Market Structure or Encouraging Innovative Behavior?", *Journal of Evolutionary Economics*, n°16, pp.175-187.
- Géradin D., (2005), "Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What Can the EU Learn from the US Supreme Court's Judgment in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom", *Common Market Law Review*, December.
- Hauteclouque (de) A., Marty F. and Pillot J., (2009), "The Essential Facility Doctrine in European Competition Policy: The Case of Energy sector", *Working Paper LARSEN*, n° 22, mars, 30p.
- Hayek (von) F. (1973), *Droit, législation et liberté*, tome 1 Paris, PUF.
- Hovenkamp H., (1999), *Antitrust Federal Policy : The Law of Competition and its Practice*, 2nd ed.
- Kolasky W.J., (2004), "What is Competition? A comparison of US and European Perspectives", *The Antitrust Bulletin*, Spring-Summer, pp.29-53.
- Lévêque F., (2008a), « Comment améliorer les marchés de l'électricité et du gaz en Europe ? », *Perspectives du droit de l'énergie*, Colloque de l'Association Française du Droit de l'Energie, 2 décembre.

- Lévêque F. (2008b), “La décision du TPICE contre Microsoft: où est passée l’économie ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, janvier-mars, n° 14, pp. 22-26.
- Lipsy A.B. and Sidak J.G., (1999), “Essential Facilities”, *Stanford Law Review*, vol.51, pp.1187 et s.
- Mackaay E., (2008), « recension de Frison-Roche M.-A., (s.d.), (2006), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, collection *Droit et économie de la régulation*, volume 4, 288p. », *Droit et Société*, n° 69/70
- Mackaay E. et Rousseau S., (2008), *Analyse économique du droit*, Thémis-Dalloz, Montréal – Paris, 728p.
- McAfee R. and Vakkur N., (2005), “The Strategic Abuse of Antitrust Laws”, *Journal of Strategic Management Education*, volume 1, n°2.
- Marty F., (2002), « Pluralité et dynamique des conventions de réglementation : Une analyse économique de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence relative au secteur électrique », *Thèse de doctorat es sciences économiques*, Ecole Normale Supérieure de Cachan, décembre.
- Marty F. et Pillot J., (2009a), « Droits de propriété intellectuelle et théorie des facilités essentielles : les divergences transatlantiques en matière de politiques de concurrence », *Revue d’Economie Industrielle*, n°125, à paraître.
- Marty F. et Pillot J., (2009b), « L’application de la théorie des facilités essentielles dans la décision du Conseil de la Concurrence « voyages.sncf.com » : Une analyse économique », *Revue Lamy de la Concurrence*, à paraître.
- Petit N., (2004), “Circumscribing the Scope of EC Competition Law in Network Industries? A Comparative Approach of the US Supreme Court Ruling in the Trinko Case”, *Utilities Law Review*, vol. 13 (6)
- Pillot J., (2009), « Théorie des facilités essentielles et utilisation stratégique du droit de la concurrence : le cas du secteur de la diffusion de la presse en France », *en révision pour Economie Appliquée*.
- Ridyard D. (2004), « Compulsory Access under EU Competition Law: a New Doctrine of “Convenient Facilities” and the Case for Price Regulation », *European Competition Law Review*, n°11, pp. 669-674
- Riem F. (2008), “Concurrence effective ou concurrence efficace ? L’ordre concurrentiel en trompe l’oeil”. *Revue Internationale de Droit Economique*, 1/t. XXII. De Boeck.
- Vialfont A., (2007), « Le droit de la concurrence et les procédures négociées », *Revue Internationale de Droit Economique*, n° 2, tome XXI, pp. 157-184
- Waller S.W. and Frischmann B.M., (2008), “Revitalizing Essential Facilities”, *The Antitrust Law Journal*, volume 75, n° 1